



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2015-02-18
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 130-15

SÖKANDE

Martin & Servera AB, 556233-2451

Ombud: Advokat Johan Gadd och jur. kand. Hanna Rehn
 Falkenborn Advokatbyrå AB
 Box 7630
 103 94 Stockholm

MOTPART

Stockholms stad

Ombud: Malin Lindvall
 Stadsledningskontoret, Juridiska avdelningen
 Hantverkargatan 3A
 105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2015-02-18 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Stockholms stads upphandling Livsmedel 2014 – Huvudleverantör/-er samt Stora mejeri, dnr 3.3.2-258/2013 ska göras om såvitt avser varugruppen Kylvaror/Färsk chark/Färsk fågel/Lilla färsk fisk.

Dok.Id 577777

| | | | | |
|-------------------|---------------------|---|----------------|--------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag – fredag 08:00-16:30 |
| | | E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se | | |

YRKANDEN M.M.

Stockholms stad (Staden) genomför en upphandling av ramavtal avseende livsmedel dnr 3.3.2-258/2013. Upphandlingen görs genom öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Staden meddelade i tilldelningsbeslut den 17 december 2014 att man för varugruppen Kylvaror/Färsk chark/Färsk fågel/Lilla färsk fisk (Varugruppen) avser att sluta avtal med Menigo Foodserice AB (Menigo), då de uppfyllt samtliga krav samt offererat lägst pris. Näst lägst pris hade offererats av Martin & Servera AB (Servera).

Servera yrkar att upphandlingen avseende Varugruppen ska göras om och anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att det anbud som uppfyller kvalificeringskraven och har det lägsta priset kommer att antas. Anbudsgivarna ska lämna priser i till förfrågningsunderlaget bifogad svarsfil. Pris ska enligt instruktionerna i förfrågningsunderlaget anges per vara för de varor som preciserats för den aktuella varugruppen i svarsfilen vilket resulterar i ett anbudspris. Vidare ska anbudsgivaren ange en rabatt på övrigt sortiment. Rabatten ska anges i procent i förhållande till anbudsgivarens ordinarie ursprungsprislista för sådant övrigt sortiment. Rabattsatsen multipliceras med ett i förfrågningsunderlaget angivet belopp, vilket för Varugruppen är 13 miljoner kr, och den erhållna summan dras sedan från anbudspriset för anbudssortimentet vilket resulterar i ett slutligt anbudspris. Den anbudsgivare som har lägst slutligt anbudspris antas. Ursprungsprislistan har inte begärts in i upphandlingen och utgör en okänd faktor. Serveras prissättning av anbudssortimentet resulterade i ett anbudspris som var lägre än Menigos. Servera har avseende övrigt sortiment angivit en rabattsats om 10 procent. Menigo har avseende övrigt sortiment angivit en rabattsats om 30 procent. Menigos slutliga anbudspris blev därigenom lägre än Serveras slutliga anbudspris. Rabattsatsen i sig kan således bli avgörande för vilken anbudsgivare som bedöms ha offererat lägst pris. En

rabattsats som sådan, ut någon koppling till det pris på vilket den lämnas, utgör inte ett jämförbart kriterium om inte de priser rabattsatsen lämnats i förhållande till är identiska. Rabattsatsen säger i sig inte någonting om prisnivån och kan därför inte, utan koppling till det pris avseende vilket den lämnats, tjäna som kriterium för att identifiera lägsta pris. Staden menar att man förhindrar att anbudsgivarna skraddarsyr priserna och tillämpar högre priser än de som tillämpas på marknaden i övrigt genom att i förfrågningsunderlaget ange att rabattsatsen ska anges i förhållande till en av anbudsgivaren ordinarie ursprungsprislista som inte ska vara särskilt framtagen endast för Staden eller den aktuella upphandlingen. Även om så skulle vara fallet, vilket i och för sig bestrids, skulle inte detta innebära att anbudsgivarnas priser är identiska eller ens att de ligger på ungefär samma nivå. Några slutsatser om priset kan alltså inte dras. Stadens resonemang förutsätter vidare att varje anbudsgivare har en prislista som utgör en ordinarie ursprungsprislista som innehåller priser som inte är högre än de som tillämpas på marknaden i övrigt och att anbudsgivarna anger rabattsatsen i förhållande till denna liksom att de sedermera faktiskt tillämpar den aktuella satsen. Servera gör gällande att aktörer på den aktuella marknaden regelmässigt, liksom aktörer på en fri marknad i allmänhet, tillämpar ett antal olika prislistor/priser som varierar. Det finns inte hos anbudsgivarna någon prislista som kan anses vara en ordinarie ursprungsprislista i den mening som Staden gör gällande och som skulle kunna tillämpas för att säkerställa ett lägsta pris i förhållande till en rabattsats. Trots att Staden tillämpar lägsta pris som tilldelningsgrund tjänar utvärderingsmodellen inte till att identifiera det anbud som erbjuder lägst pris. En sådan utvärderingsmodell är inte förenlig med LOU och grundläggande EU-rättsliga principer. Utvärderingsmodellen gynnar även en osund strategisk anbudsgivning. Servera har till följd av förfarandet lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada. Då de brister som påtalats är hänförliga till utformandet av förfrågningsunderlaget ska upphandlingen göras om.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. I Stadens utvärderingsmodell utvärderas priser på en i förväg bestämd varukorg om 235 artiklar. Därtill utvärderas en av anbudsgivarna angiven rabattsats som multipliceras med utifrån inköpsstatistik uppskattad volym i kronor för övrigt sortiment. Det därvid framräknade beloppet dras från anbudsgivarens anbudssumma för anbudssortimentet. Det övriga sortimentet inom Varugruppen är till skillnad mot anbudssortimentet inte definierat och bestämt i förväg. Det går därför inte att förutsäga vilka varor inom det sortimentet som kommer att beställas och priser på det sortimentet har därför inte begärts in. Relevant för Staden är därför rabatten som erhålls på det sortimentet och inte priser på enskilda varor. För att stävja att anbudsgivarna skräddarsyr priserna på det övriga sortimentet för att därigenom kunna tillämpa rabattsatsen på högre priser än de som tillämpas på marknaden i övrigt anges i förfrågningsunderlaget att rabattsatsen ska anges i förhållande till anbudsgivarens ordinarie ursprungsprislista som inte ska vara särskilt framtagen endast för Staden eller endast för den aktuella upphandlingen. Enligt de kommersiella villkoren ska leverantören tillhandahålla Staden prislistor på såväl anbudssortimentet som det övriga sortimentet efter varje godkänd prisjustering på anbudssortimentet. Sådan prisjustering kan ske fyra gånger per år. Staden får därmed löpande aktuella prislistor på det övriga sortimentet. Stadens utvärderingsmodell är förutsebar, uppföljningsbar och ger det lägsta totalpriset.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det sätt på vilket Staden angett att lägsta pris ska beräknas är förenligt med LOU. Denna bedömning får göras utifrån de principer som LOU bygger på.

I förfrågningsunderlaget (p. 6.1.) anges att det ”anbud som uppfyller kvalificeringskraven och har det lägsta priset per varugrupp kommer att antas”. Vidare framgår (p. 6.3.) att:

”Anbudsgivaren ska lämna en rabatt på övrigt sortiment.

Rabatten ska anges i procent (ej decimaler) i förhållande till en av anbudsgivaren ordinarie ursprungsprislista, som inte ska vara särskilt framtagen endast för staden eller endast för denna upphandling.

Rabattsatsen kommer att multipliceras med nedan angivna belopp per varugrupp. Summan kommer sedan att dras av från anbudsgivarens anbudspris för det nettoprissatta avtalssortimentet för aktuell varugrupp.

...

Varugrupp 3 – Kylvaror/Färsk chark/Färsk kyckling/Lilla färsk fisk:
angiven rabattsats x 13 000 000 kr

...

Den angivna rabattsatsen ska vara fast under hela avtalsperioden.”

Den upphandlande myndigheten måste av praktiska skäl ges ett relativt stort utrymme att göra urval av vilka poster som ska utvärderas. En utvärderingsmodell måste dock vara utformad så att den i vart fall är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. i nu aktuellt fall ska den i vart fall vara ägnad att tillförsäkra att det anbud som har lägst pris antas (jfr RÅ 2002 ref. 50).

I Staden utvärderingsmodell ska den rabattsats som lämnas av anbudsgivarna på övrigt sortiment anges i förhållande till en av anbudsgivaren ordinarie ursprungsprislista, som inte ska vara särskilt framtagen endast för Staden eller den aktuella upphandlingen. Staden har inte invänt mot det Servera har anfört om att någon ursprungsprislista inte har begärts in i upphandlingen. Denna uppgift förefaller inte orimlig, och förvaltningsrätten utgår därför från att den är korrekt. Då Staden saknar ursprungsprislister att jämföra anbudsgivarnas rabatter med anser förvaltningsrätten att Staden, genom den utvärderingsmodell som valts, har saknat möjlighet att kontrollera om den av anbudsgivarna lämnade rabattsatsen leder till att det anbud som erbjuder lägst pris antas. Det Staden har anfört föranleder inte någon annan bedömning.

Genom att använda en utvärderingsmodell som kan leda till ett icke rättvisande resultat har Staden förfarit i strid med LOU. Servera har till följd av bristerna i vart fall riskerat att lida skada. Det finns därför skäl att ingripa mot upphandlingen. Eftersom bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är omständigheterna sådana att rättelse inte kan ske. Stockholms stads upphandling Livsmedel 2014 – Huvudleverantör/-er

samt Stora mejeri, dnr 3.3.2-258/2013 ska därför göras om såvitt avser varugruppen Kylvaror/Färsk chark/Färsk fågel/Lilla färsk fisk.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Ulrika Melin

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Axel Helle har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättslämningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.